

少年法六四条における「犯情」として保護処分歴を考慮すること の可否

山 梨 光 貴

はじめに

1 少年法六四条の概要

令和三年五月二一日に第二〇四回通常国会で成立した「少年法等の一部を改正する法律」(以下「令和三年改正」という。)を反映した改正少年法が、令和四年四月一日より施行されている。令和三年改正は、一八・一九歳の者を「特定少年」と呼称し、一七歳以下の少年と区別したうえで、少年法に六二条から六八条までの規定を新たに設け、特定少年について、いわゆる原則逆送対象事件の拡大(六二条)、保護処分の特例(六四条)、ぐ犯規定の適用除外(六五条一項)、刑事事件の特例に係る諸規定の適用除外(六七条)、推知報道禁止規定の一部適用除外(六八条)

などの所要の措置を講じている。⁽¹⁾ 本稿では、保護処分を選択に関して特例を設けた少年法六四条を取り上げる。

少年法は、少年の「健全育成」を目的として掲げ（一条）、その手段のひとつとして保護処分を用意している（二四条）。保護処分の選択にあたってメルクマールとなるのは少年の「要保護性」であり、通説・実務の理解によれば、要保護性は、犯罪的危険性（少年が、その性格、環境に照らして、将来、再び犯罪（非行）を行う可能性があること）、矯正可能性（保護処分によって、少年の犯罪的危険性を除去し得る可能性が存在すること）、保護相当性（少年の処遇にとって保護処分が最も有効、適切な手段であること）の三つの要素で構成される。⁽²⁾ 家庭裁判所は、少年の要保護性の有無と程度を解明し、要保護性に応じた処分を選択することとなる。

もつとも、少年審判においては、要保護性と並んで非行事実もまたその審判対象であるというのが通説的な理解であり、⁽³⁾ 保護処分の内容は非行事実によって（も）拘束されるという理解が有力である。⁽⁴⁾ 実際、非行事実の軽重と要保護性は相関していることが多く、そのため、実務上、「大半の事件では非行事実の軽重と要保護性の程度は相関している」とされている。⁽⁵⁾ とはいえ、ぐ犯保護事件において少年院送致が選択されている事例が少なくない⁽⁶⁾ ことから明らかなように、家庭裁判所の判断が非行事実の軽重に完全に拘束されているわけではない。⁽⁸⁾

これに対し、令和三年改正により新設された少年法六四条は、特定少年に対して保護処分を選択する際には「犯情の軽重を考慮して相当な限度を超えない範囲内において」、同条一項各号が掲げる保護処分（六月の保護観察、二年の保護観察、少年院送致）のいずれかを選択しなければならないとし（同項本文）、罰金以下の刑に当たる罪の事件で選択できる保護処分を六月の保護観察に限定した（同項ただし書）。⁽⁹⁾ また、少年院送致を選択した場合には、その決定と同時に、「三年以下の範囲内において犯情の軽重を考慮して少年院に収容する期間を定めなければならない」（同条三項）とされた。⁽¹⁰⁾ 特定少年の場合には、「犯情」によって、課し得る処分に上限を設定することが明文化

されたというわけである。⁽¹¹⁾

2 「犯情」をめぐる議論と問題の所在

犯情という概念は、行為責任原則を前提とする量刑判断で用いられるものである。たとえば、裁判員裁判における量刑評議の在り方に関する司法研究は、量刑の本質を「被告人の犯罪行為に相応しい刑事責任を明らかにすること」としたうえで、「そこから、犯罪行為それ自体に関わる事情(犯情)が刑量を決めるに当たつての基本である(第一次的に考慮される)とする考え方が導かれる」と指摘している。⁽¹²⁾ また、刑の一部執行猶予に関する規定(刑法二七条の二第二項)における「犯情の軽重」の意義についてみても、それは、犯罪の性質、犯行の態様などの「諸般の情状の重さの程度を意味するもので、犯した罪に対する刑事責任の軽重を基礎づけるもの」⁽¹³⁾であると解説されている。少年法六四条における「犯情」が、これと同じ意味内容の文言として用いられているのだとすると、保護処分選択という場面に、行為責任原則という「異質な」概念が持ち込まれたことになる。⁽¹⁴⁾

「犯情」という「異質な」概念を少年法のなかでどのように解釈すべきかについては、すでにいくつもの見解が示されている。なかには、少年法六四条における「犯情」を行為責任という発想から切り離し、「健全な育成の観点から意味づけられた内実をもつ」⁽¹⁵⁾ものとみる解釈や、「犯行に至るまでの動機形成過程や犯行に発露した性格傾向をも含む形で主観面に立ち入って重視してよい」⁽¹⁶⁾とする解釈、さらには、令和三年改正が「特定少年を『特例』として位置づけたことに伴う象徴的な意味しかない」⁽¹⁷⁾とする解釈もある。結論に至るまでの立論はそれぞれであるが、いずれにしても、「犯情」の内容を(実質的に)要保護性に近づけることで、特定少年に対する保護処分の選択を、従来の実務運用の延長線上に位置づけようとしている点で、それらは共通している。もとより、立案当

局の解説でも、令和三年改正は従来の実務運用を大きく変えることを意図したものではないとされており、少年法六四条における「犯情」を行為責任と結びつける論者も、少年法が従来果たしてきた役割を最大限活かした運用を期待している⁽¹⁹⁾。

解釈・運用上問題となるのは、少年法六四条における「犯情」として考慮することができる要素は何か、という点である。令和三年改正の解説では、「犯情」は、当該犯罪の性質、犯行の態様、犯行による被害等を指すものとされている⁽²⁰⁾。量刑判断においては、行為態様や被害結果といった客観面に関連する要素のみならず、動機や計画性などの行為者の主観面に關する要素も犯情として考慮できるとされ、これらを総合して、法益が軽視された度合いが評価されるという理解が示されている⁽²¹⁾。

この点、近時の量刑実務において前科を犯情として考慮することが定着しつつある⁽²²⁾ことに関連して、少年法六四条における「犯情」として保護処分歴を考慮することができかねるかが問題となる⁽²³⁾。後述するように、施行後もない段階ではあるが、実務上はこれを肯定する見方が固まりつつあるように見受けられる。学説に目を転じると、肯定説がやはり有力であるが、保護処分歴を「犯情」として考慮することに慎重な姿勢を示す見解もあり、見解は必ずしも一致をみていない。

興味深いのは、「犯情」を行為責任と結びつける論者の中でも、保護処分歴の位置づけについて理解に若干の相違があることである。論点を先取りしていえば、この相違は、保護処分そのものの法的性質に関する理解の違いに由来している。それゆえ、保護処分歴を「犯情」として考慮できるかという「問い」に十分に答えるためには、保護処分の法的性質を、刑罰との関係で明らかにする必要がある。

そこで、本稿では、決定例と先行研究の整理を通じて、少年法六四条における「犯情」として保護処分歴を考慮

することの可否について検討を加える。以下では、実務の動向を整理し(Ⅱ)、肯定説の論拠を確認したうえで(Ⅲ)、否定説の可能性について検討を加える(Ⅳ)。そのためにも、まずは、少年法六四条の立法趣旨を確認したい(Ⅰ)。

Ⅰ 立法の経緯

令和三年改正および少年法六四条の立法の経緯については、すでに別稿⁽²⁴⁾で整理しているが、本稿の検討に先立つて改めて確認しておく必要があることから、脚注や引用を追加しながら、再度整理しておきたい。

1 改正論議の前提

令和三年改正に連なる議論が始まったきっかけは、選挙権年齢を一八歳以上に引き下げた「公職選挙法等の一部を改正する法律」が、民法上の成年年齢や少年法の適用年齢について検討を加え、必要な措置を講じることを求めたことであつた(附則二一条)。その後、民法上の成年年齢が一八歳以上に引き下げられることが既定路線に入つたこともあり、少年法の適用年齢の引下げについての議論が本格化することとなつた。⁽²⁵⁾しかしながら、この議論は、成長過程にある若年者を刑事司法全般においていかに取り扱うべきかという大きな問題に関わるものである。そこで、法務省は、少年法適用年齢の引下げの是非を含む、通常刑事司法システムにおける若年者に対する処分や処遇の在り方について検討を行う上で必要となる基礎的知見を幅広く得ることを目的に「若年者に対する刑事法制の在り方に関する勉強会」(以下「勉強会」という。)を開催した。

勉強会が最終的に取りまとめた報告書では、「一八歳、一九歳の者が保護処分の対象から外れることになれば、

、再犯・再非行防止に必要な処遇や働き掛けが行われなくなり、その結果として再犯・再非行の増加が懸念される⁽²⁶⁾」などの指摘がなされ、「少年法適用対象年齢を引き下げるか否かを検討するに当たり、このような懸念について、どのような刑事政策的措置があり得るのかを検討することは重要である⁽²⁷⁾」とされた。この検討結果を受け、少年法の適用年齢引下げの是非とともに、犯罪者処遇を充実させるための刑事法の整備の在り方についての検討を要請する諮問第一〇三号が発せられ、法制審議会―少年法・刑事法（少年年齢・犯罪者処遇関係）部会（以下「部会」という。）が設置された。

2 「新たな処分」構想

部会の最終的な使命は、少年法の適用年齢引下げの是非について何らかの結論を出すことであつたが、そのためには、適用年齢を引き下げた場合に生じる刑事政策上の懸念に対応するための刑事法の整備がどの程度可能であるのかを明らかにしなければならなかつた。この点についての検討事項は多岐にわたつたことから、三つの分科会に分かれた後、各分科会での検討結果を基に、改めて部会全体で諮問への答申を検討することとなつた。

三つの分科会で検討された事項のうち、全体部会で最も多くの時間を割いて議論されたのが、第二分科会で検討された「若年者に対する新たな処分」（以下「新たな処分」という。）であつた。これは、一八・一九歳の者が少年法の適用を受けなくなる場合に、起訴猶予となつた一八・一九歳に対して必要な処遇や働きかけがでなくなることを防ぐため、起訴猶予となつた一八・一九歳を家庭裁判所の調査・審判に付したうえで、その者の「要保護性」に基づく処分を行うことと内容とするものであつた。⁽²⁸⁾

もっとも、第二分科会では、一八・一九歳を成人とするのであれば、二〇歳以上の者と同様に、行為責任原則に

基づいて犯した罪の重さに応じた刑事処分を受けることが基本となるはずであり、それゆえに、「新たな処分」の対象は、比較的軽微な罪を犯した一八・一九歳に限定されるという前提が共有されていた。また、処分を課す場合にも、それは行為責任の範囲内のものとなることが前提とされ、比較的軽微な罪を犯した者に対する処分として、少年院送致に準ずる施設収容処分を設けることには慎重な立場が支配的であった⁽²⁹⁾。

このような第二分科会の検討結果に対し、全体部会では、施設収容処分の必要性を唱える委員らを中心に議論が交わされた⁽³⁰⁾。ここでの意見の対立は、「新たな処分」の対象に、行為責任が軽微とはいえない者を含むべきかという点について、認識に齟齬が生じていたことに由来していた。議論が終盤に差し掛かったところで、委員から「…、全ての事件を一律に考えるのではなくて、重大・凶悪事件とそれ以外の事件に犯罪を区分して、…、重い罪については、実質的に成人と同じ処分ができるようにする一方で、それほど重くない罪については、少年法の手続や処分をできるだけいかしていく⁽³¹⁾」ことが提案され、これを基に、事務局において「新たな処分」の「別案」が作成された。

事務局が作成した「別案」は検討のためのたたき台であり、複数の案が併記されているものであった。それらをごく簡単に整理すると、検察官が一八・一九歳の事件の全部または一部を家庭裁判所に送致したうえで、家庭裁判所調査官による調査の結果を踏まえて「新たな処分」を課するという仕組みが素描されていた。「別案」では、第二分科会が当初想定してよりも広い範囲が「新たな処分」の対象となるため、行為責任の観点からも、施設収容処分を用意することに前向きな意見が有力となった⁽³²⁾。

なお、「別案」の登場以降、部会では、一八・一九歳の者を、一八歳未満の少年とも二〇歳以上の成人とも異なる「中間類型」として位置づける理解が支配的になったもの⁽³³⁾の、その位置づけと名称については、その後の立法プ

ロセスに委ねることとされた⁽³⁴⁾。その結果、政治判断として、一八・一九歳の者を引き続き少年法の適用対象としつつ、「特定少年」というかたちで種々の特則を設ける令和三年改正の法律案が起案され、これが可決・成立に至った。特定少年についての特則の内容は、基本的に部会がまとめた要綱(骨子)に沿ったものになっており、一八・一九歳の者に対する「新たな処分」は、特定少年に対する「保護処分」として、少年法六四条に規定された。

3 少年法六四条の立法趣旨

以上のような経緯で規定された少年法六四条について、国会では特に、「犯情の軽重を考慮して…」の趣旨について質疑が行われた。そこでの政府答弁は、要するに、特定少年への介入は、一八・一九歳の者を監護権の対象から外した民法改正との整合性や責任主義との関係から、「犯した罪の責任に照らして許容される限度を超えてはならない」⁽³⁵⁾のであり、これを担保するのが「犯情の軽重を考慮して…」という文言であることであった。

少年法六四条の下地となった「新たな処分」に関する部会での議論を参照すると、「新たな処分」の法的性質については、たとえば、「対象者の改善更生と再犯防止を図ることを目的として、行為責任の範囲内で、その要保護性に応じて課されるものです」⁽³⁶⁾とか、「端的に申し上げると、ごく軽微な犯罪に対して重い処分を課することは正当化できないこととなります。このような意味で罪刑均衡に近いものが…要求されると考えます」⁽³⁷⁾などと説明されている。行為責任により設定される上限を超えて課することができないという点で、「新たな処分」には、罪刑均衡に近い制約が働くことが予定されていたわけである。

ところで、「新たな処分」構想において「犯情の軽重を考慮して…」という文言が最初に登場したのは、部会の終盤に事務局が作成した「取りまとめに向けたたたき台」⁽³⁸⁾であった。部会では、この文言の趣旨について、それま

でに議論された「行為責任の範囲」を示すものかとの質問がなされ、これに対し、事務局が「ここである『犯情』というのは、一般的に用いられる場合と同様に、当該犯罪の性質、犯行の態様、犯行による被害等の情状を意味するもの」であり、行為責任という言葉こそ用いていないものの、「御指摘のとおり、これまでの御議論の趣旨を踏まえて記載したものです」と回答している。

以上の立法経緯から明らかなように、少年法六四条における「犯情の軽重を考慮して…」とは、罪刑均衡と同様の制約を保護処分選択に課すものであり、そこでいう「犯情」とは、成人の場合と同じく、行為責任を内容とするものであることがわかる。⁽⁴⁾

II 実務の動向

少年法六四条における「犯情」が行為責任を内容とするのであれば、その具体的な運用については、成人の量刑判断における犯情評価が参考になる。もっとも、量刑実務においては、保護処分歴を犯情として考慮する動向はみられず、犯情評価における保護処分歴の位置づけは曖昧である。この点、令和三年改正の施行後まもなく、保護処分歴を「犯情」として考慮する決定例が相次いで示されている。そこでまずは、実務の動向を整理する。

①東京家決令和四年五月二六日判タ一五〇三号二五五頁

大麻取締法違反および道路交通法違反保護事件（原動機付自転車の無免許運転、信号無視、大麻所持）である。少年は、過去に、建造物侵入、窃盗により保護観察の決定を受け、さらに、その決定前にした道路交通法違反（無免

許運転)の非行により不処分決定を受けていた。本件非行は、当該保護観察の期間中に行われたものであった。

東京家裁は、保護処分として、第一種少年院送致(収容期間二年間)を選択したが、「犯情の軽重の評価」において、保護観察処分中に無免許運転が繰り返された点を指摘したうえで「少年が、本件当時、無免許運転を繰り返していたことも踏まえると、無免許運転についての常習性があるかがわかる」とした。

②東京高決令和四年六月三日判タ一五〇七号一二頁

詐欺未遂幫助保護事件(特殊詐欺の未遂)である。少年の役割は見張り役(幫助犯)であり、詐欺自体が未遂に終わっている。他方で、少年には、保護観察処分歴を含む、多数の家庭裁判所係属歴があった。

東京高裁は、本件犯行が組織的かつ計画的に行われたことと並んで、「少年は多数回の家庭裁判所係属歴があるにもかかわらず本件に及んだことに鑑みると、少年の規範意識の乏しさには顕著なものがある」ことを指摘したうえで、「本件の犯情は決して軽いものではない」として、少年に対して第一種少年院送致(収容期間二年間)を選択した原決定について、ほぼ全文を引用したうえで「原裁判所の処遇判断に誤りはない」とした。

③東京家決令和四年六月一日判タ一五〇九号二五三頁

窃盗保護事件(すり替え窃盗による特殊詐欺の既遂三件)である。少年の役割は受け子であり、共犯者の間では末端で従属的な立場であったが、本件非行時、少年は同種事案により保護観察処分を受けている身であった。

東京家裁は、保護処分として、第一種少年院送致(収容期間三年間)を選択したが、特殊詐欺の組織性や計画性などと並んで、「少年は、本件時、同種事案による保護観察中であつたのであるから、少年の規範意識は相当に鈍

麻しているものといわざるを得ず、少年に対して厳しい非難を向けざるを得ない」として、本件の犯情は重いとした。

④ 那覇家裁沖縄支決令和五年三月七日判タ一五一七号二五二頁

道路交通法違反保護事件(普通自動二輪車の無免許運転)である。少年は無免許で約二六kmの距離を走行しており、警察官から呼び止められると、逃走するために対向車線を逆走するなど危険な行為に至っている。加えて、少年には過去にも無免許運転で保護処分を二回受けており、本件は、少年院を仮退院して一ヵ月足らずでなされたものであった。

那覇家裁沖縄支部は、少年に対し第一種少年院(収容期間二年間)を選択したが、「犯情の軽重の評価」において、少年に同種保護処分歴があること、少年院を仮退院して一ヵ月足らずで本件非行に及んでいる点を踏まえ、「交通法規軽視の姿勢が顕著である」とした。

⑤ 東京家決令和五年五月二五日判タ一五一五号二五五頁

暴行、傷害保護事件(三名に対する暴行および一名に対する傷害)である。いずれの事件においても、少年は被害者に対して一方的に立腹し、暴行・傷害を加えている。また、少年には、同種事案による家庭裁判所係属歴がある(審判不開始)ほか、先輩からの誘いに乗じて複数回にわたり窃盗事件に及び保護観察処分を受けていた。さらに、少年は、保護観察処分決定を受けた直後に暴走族に加入して総長にまでのぼりつめ、本件非行に及んでいる。

東京家裁は、少年に対して第一種少年院送致(収容期間二年間)を選択したが、少年の動機に酌むべき点がなく、

暴行の態様も悪質であることに加えて、「厳に身を慎むべき保護観察中の再非行であったことも考え合わせると、本件の犯情は重」とした。なお、東京家裁は、これに続けて、少年が暴行事件の直前に飲酒していたことにも触れて、「…多量のアルコールを身体に保有していた点も、規範意識の脆弱性を示す事情として看過できない」と指摘している。

⑥ 東京高決令和五年七月四日判タ一五二一五二二頁

大麻取締法違反保護事件（大麻譲り渡し）である。少年は、先輩から誘われて大麻を吸入するようになると、その後、使用頻度を次第に増やしていき、密売人から大麻を購入するようになっていた。また、少年は、窃盗未遂（原付盗の未遂）と窃盗（万引き）で保護観察処分、同処分が解除された後に道路交通法違反（自動二輪車の無免許運転）で保護観察処分を受けており、大麻の使用は、原付盗および万引きと同時期に開始されたものであった。

東京高裁は、「少年には大麻に対する強い親和性、依存性が認められる上、少年は、自ら大麻を使用するだけでなく、本件譲受人を含む友人らに大麻の害悪を拡散させている」ことに加えて、二度の保護観察処分歴があることをもって「本件は、少年の規範意識の乏しさが顕著に発現した非行ともいえる」とし、「本件非行の犯情は相応に重」いことから、少年に対する保護処分として第一種少年院（収容期間二年間）を選択した原決定の判断を、犯情評価を含めて是認した。

⑦ 東京高決令和六年一月二九日判タ一五二二二四二頁

ストーカー行為等の規制等に関する法律違反保護事件（交際相手の親族に対してメッセージを繰り返し送信）である。

少年は、本件以前にも、当時の交際相手に対し、復縁を求める意図で同人やその家族の生命・身体に害を加える内容を告げて脅迫しており、それによって保護観察処分を受けていた。

原審である東京家裁は、本件の経緯を踏まえて「この種の事案に関する反復性が認められる」として、「本件の犯情は重」いことから、少年に対して第一種少年院送致（収容期間三年間）を選択した。これに対し、少年が、本件非行は前件非行から数えて二回目の非行となるからといって悪質とはいえないなどとして、処分の著しい不当を理由に抗告した。

東京高裁は、少年が同種事案により保護観察処分を受けていたにもかかわらず、「それによって問題点が改善されることのないまま再び本件非行に及んだのであるから、本件の犯情は少年院送致が許されるほど重いものといえる」として、犯情評価を含めて、原決定の処遇選択を是認した。

⑧大阪家決令和五年一一月一日判タ一五二四号二五三頁

銃砲刀剣類所持等取締法違反保護事件（包丁二本の携帯）である。被害者Aの自宅を訪れていた少年は、Aに自宅から出ていこう言われたのにもかかわらず出て行かず、Aが助けを求めに外に出たところ、その場にあった包丁二本を持ち出してAを追いかけて、Aや自分自身を傷つけようとの思いで包丁を隠し持ったままAの自宅前にいた。なお、少年は、同種事案で第一種少年院に送致されており、本件は、少年院から仮退院して保護観察を受けていた際になされたものである。

大阪家裁は、少年に対する保護処分として第一種少年院送致（収容期間二年間）を選択したが、「犯情の軽重の評価」において、本件の経緯や動機を踏まえると危険な態様であるとしたうえで、同種事案で少年院に送致され、仮

退院して保護観察を受けていたにもかかわらずに本件同種非行に至ったことを踏まえ、「少年の規範意識は低い」とした。

以上の決定例における「犯情」評価をみると、概ね、保護処分歴から、常習性⁽¹⁾、規範意識の鈍麻ないし乏しさ⁽²⁾、⁽³⁾、⁽⁵⁾、⁽⁶⁾、⁽⁸⁾、法規範軽視の姿勢⁽⁴⁾を推認し、それらを「犯情」として考慮している。⁽⁴²⁾そこで評価されているのは、量刑判断と同様に、「法益が軽視された度合い」であるといえる。⁽⁴³⁾

このように、実務上は、保護処分歴を「犯情」として考慮する運用が定着している。⁽⁴⁴⁾問題は、その運用を正当化することができるのかという点である。これについては、学説が参考になるため、章をかえて考察する。

Ⅲ 肯定説の論拠…警告理論

部会に委員として参加した廣瀬は、少年法六四条における「犯情」について、「刑事裁判における犯情と共通するが、当該犯罪の性質、犯行の態様、結果などのほか、保護処分歴等、量刑上類型的に重要な影響を及ぼす要素も考慮して判断されるべきもの⁽⁴⁵⁾」として、保護処分歴を考慮できるとするが、その根拠は必ずしも明らかにされていない。

この点についてより踏み込んだ説明を行っているのが成瀬である。成瀬は、少年法六四条における「犯情」の内容を行為責任と理解したうえで、「…一連の少年保護手続を通じて、特定少年は事柄の重大性を認識し、自己の非を悟ったはずであり、初犯の時よりも強い反対動機に直面していたはずであるから、これを押し切って再び罪を犯

したところに、より強い非難可能性を見出すことができ、保護処分歴等を『犯情』として考慮することが許されよう⁽⁴⁶⁾とする。

量刑判断において前科を犯情として考慮する際にも、同様の説明がなされる。たとえば、前記司法研究は、「…、被告人が過去に…とりわけ懲役刑の執行を受けたような場合は、…、一般的には、…、前刑の感銘力と刑の執行による教化改善の結果を受け入れることにより、およそ二度と犯罪を犯してはならないという反対動機にも直面したはずであって、この…反対動機をも押し切って再び罪を犯したことで、非難の程度はより重いものがある⁽⁴⁷⁾」として、前科が被告人の刑事責任を重くする場合があることを認めている。また、樋口は、「刑罰の言渡しは…、非難を受け止め、再犯を行うことなく社会の一員として更生するという期待を設定するという作用も含まれている。このような期待を受けているにもかかわらず、再犯が行われた場合、期待への裏切りに対して非難の程度が高められる⁽⁴⁸⁾」とする。要すれば、前科のある者は、「前刑によつて二度と罪を犯してはならないという反対動機に直面したはずであるのに、それにもかかわらず性懲りもなく再び犯罪を行った」という点で、前科のない者よりも強く非難されると理解されるわけである⁽⁴⁹⁾。

これは、いわゆる「警告理論」、すなわち、「行為者が有罪宣告によつて警告されたにもかかわらず、それを無視して新たな犯罪行為を実行する場合、行為責任の加重とそれに伴う処罰の加重をもたらすという考え方⁽⁵⁰⁾」の発想である。要するに、成瀬の説明は、警告理論を保護処分歴にも適用することで、行為責任を内容とする「犯情」評価に反映させようとするものである。

ところで、警告理論を採用するのであれば、「前刑の有効な警告を向けられた累犯者が、その内面において、より強固な反対動機ないし制御能力を形作つたにもかかわらず、それを乗り越えて犯罪に出たからこそ、行為に対す

る規範的非難が強められるはずであり、したがって、累犯者が実行行為の際、そのような平均人を上回る強固な制御能力を備えていたかどうかの検証が必要となるはずである⁽⁵¹⁾。刑務所出所者に対する質的／量的調査の結果からは、受刑生活を経ることで、生活上のサポートをしてくれる身近な存在が次第に失われていくことが明らかにされている⁽⁵²⁾。前科・前歴がステイグマとなり、出所者等の社会関係資本の形成を阻害していることを示す調査結果は、枚挙に暇がない⁽⁵³⁾。「犯罪からの離脱」のプロセスが「人間関係の広がり」のプロセスを含むことが示唆されている⁽⁵⁴⁾ことを踏まえると、刑罰が現実⁽⁵⁵⁾に警告機能をもつのかは、疑問なしとできない⁽⁵⁶⁾。

ここで確認すべきなのは、「この問題は、前科のある者には実⁽⁵⁷⁾際に強い反対動機が形成されるのか、という実証的な問題ではなく、そのような反対動機の形成を、前科のある者に対して特別に期待してよい⁽⁵⁸⁾か、という規範的な問題である⁽⁵⁹⁾」とされていることである。この点、樋口によれば、警告理論における「前刑によっておよそ二度と罪を犯してはならないという反対動機に直面したはずである」という評価は、実際の精神状態を指すのではなく、法秩序⁽⁶⁰⁾Ⅱ国家側が規範的に要求する「再犯を行わないという期待」をその内実とするのだという⁽⁶¹⁾。

実証的な点を措き、規範的な問題として警告理論を理解したとして、刑罰を受けた者に対して「二度と罪を犯してはならないという反対動機」を期待して、その期待に違反したことを犯情Ⅱ行為責任の要素として扱うことの正当性については検討の余地がある⁽⁶²⁾。もっとも、ここではその問題には立ち入らない。本稿の関心で重要なのは、保護処分を受けた少年に対して「二度と非行をしてはならないという反対動機」を期待して、その期待に違反したことを「犯情」Ⅱ行為責任の要素として扱うことの正当性である。

ここで注目されるのが、保護処分歴を「犯情」として考慮することに慎重な見解である。たとえば小池は、成瀬と同様、少年法六四条における「犯情」の内容を行為責任と理解しつつ、「…、やや気になるのは、刑事裁判の量

刑では、…、少年時代の保護処分歴等はそのまでは重視されていないようにも思われることである。これが、保護処分は刑罰と質的に異なるために非難を重くする程度が小さいことによるならば、許容される保護処分の選択肢を広げる効果も小さいことになる⁽⁵⁹⁾と指摘している。実際、量刑判断における保護処分歴の位置づけについては、「保護処分は少年に対する保護教育的なものであり、刑罰と同等にとらえるべきではないから、量刑資料としての性格は質的に異なる側面がある⁽⁶⁰⁾」との指摘がある。「少年院送致など自由拘束の保護処分を受けながら、…犯罪を繰り返した点を非難されることは、致し方ない面はある⁽⁶¹⁾」ともされるように、警告理論の発想が否定されているわけではないが、保護処分と刑罰との質的差異に着目し、保護処分歴と前科とで、行為責任に与える影響に違いがあることを示唆している点が重要である。

このように、少年法六四条における「犯情」の内容を行為責任と理解したとしても、保護処分と刑罰の質的差異をどのように理解するかによって、保護処分歴を「犯情」としてどの程度考慮できるかについては結論が変わりうる。そして、両者の間に、法的性質という点で重大な差異があるのだとすれば、保護処分歴を「犯情」として考慮することを否定する結論に至る可能性がある。最後に、この点を検証してみたい。

IV 否定説の可能性…保護処分の法的性質から

保護処分と刑罰の質的差異について検討するにあたって、まずは刑罰の構成要素を確認しておく必要がある。この点、H. L. A. Hart による刑罰の定義を手掛かりに、刑罰を構成する基本的な要素について検討を加える高橋によれば、刑罰は、①有害性（一般に、人に害を与える性質のものでなければならない）、②意図性（その害は、意図的に

与えられるものでなければならない)、③法違反対応性(法が犯罪として規定した行為を実際に行った者、あるいは、行ったと考えられる者を対象とするものでなければならない)、④応報性(その犯罪を理由とするものでなければならない)、⑤非難性(犯罪に対する非難を表現するものでなければならない)、⑥有権性(その法システムによって設けられた権限ある機関によって行われるものでなければならない)、⑦手続性(その法システム内で定められた手続に則って行われるものでなければならない)という、七つの要素の総体として定義されるという。⁽⁶²⁾ さしあたりは、この七つの要素との関係で、保護処分と刑罰の質的差異をみていきたい。

1 刑罰との共通点

まず、刑罰の上記要素のうち、明らかに保護処分にも認められる要素がある。具体的には、⑥有権性と⑦手続性である。高橋によれば、⑥有権性は、刑罰を科す主体が法的に権限のある公的な機関に限定されるということを、⑦手続性は、刑罰の実現過程が一定の手続的条件を踏んでいるということを意味しているとされる。⁽⁶³⁾ これを保護処分についてみると、保護処分を課す主体は家庭裁判所という「法的に権限のある公的な機関」である(有権性)。また、職権主義構造を採用しているとはいえ、少年審判においても適正手続の保障が及ぶことに異論はなく(最終昭和五八年一〇月二六日刑集三七巻八号一二六〇頁における団藤重光裁判官の補足意見⁽⁶⁴⁾、上訴制度(少年法三二条、三五条)も用意されている(手続性)。

③法違反対応性については、ぐ犯少年にも保護処分を課することができるという少年法の一般構造からして、やや慎重な検討が必要である。もともと、少年法が福祉的措置を要する要保護少年一般をその対象としていないこと、ぐ犯は、ぐ犯事由のみならず、ぐ犯性(将来、罪を犯し、又は刑罰法令に触れる行為をするおそれ)もが要件となつて

いる(少年法三三条一項三号)ことを踏まると、保護処分は、「犯罪(的危険)行為に対する社会的反動の法的手段(表現)⁽⁶⁵⁾である」といえ、この意味で、法違反対応性を有しているといえそうである⁽⁶⁶⁾。

2 刑罰との明らかな相違点

次に、刑罰の上記要素のうち、保護処分には明らかに認められない要素がある。すなわち、①有害性、②意図性、④応報性である。①有害性と②意図性は関連しており、高橋の言葉を借りてそれらをまとめれば、刑罰が「何らかの意味で、それが科される者にとって悪いものであること、好ましくないものであること」は、「偶然的副産物や副次的な効果に過ぎないのではなく、不可欠の内在的な要素である」ということを意味している⁽⁶⁷⁾。④応報性は、刑罰が過去に行われた犯罪に対応するものであることを示している⁽⁶⁸⁾。

少年院送致を念頭におけば明らかなように、保護処分もまた、少年の自由の制限を伴うという点で不利益性を有することに疑いはない。この点が自覚的に論じられてきたからこそ、かねてより、非行事実の軽重と保護処分の間に一定の均衡が求められてきたのである。

もつとも、このことは、保護処分が有害性、意図性、応報性を有していることを意味しない。保護処分が少年法の健全育成目的を達成するための手段として位置づけられていることは少年法一条の規定から明らかであり、それゆえ、保護処分は「あくまで教育的な目的と手段をとる(べき)ものである⁽⁶⁹⁾」。身体拘束それ自体を自己目的とする自由刑とは異なり、少年院送致は、少年の身体拘束それ自体が目的ではなく、教育のための手段として、いわば副次的に少年を収容しているにすぎない⁽⁷⁰⁾。そうであるからこそ、非行事実は軽微だが要保護性が高い少年に対して少年院送致を選択することや、要保護性が十分に解消されていない少年への収容継続(少年院法一三八条、一

三九条) が正当化されるのである。

このように、保護処分は害悪を内容とするものではないし、ましてそれを不可欠の内在的な要素とするものでもなく、必ずしも過去に行われた非行に対応するものであることが予定されているわけでもない。保護処分は、有害性、意図性、応報性をもたず、この点で、刑罰とその構成要素を共有しない。

3 非難性について

保護処分が⑤非難性を有するかどうかは複雑な問題である。たとえば、平野は「…、刑罰といえども受刑者の改善更生をはかるものであり、保護処分といえども非難としての意味をもつ。両者の差は、質的なものではなく量的なものにすぎない」⁽⁷¹⁾として、保護処分が非難性を帯びることを認めている。岩井は、「…、いたずらに保護処分の刑罰類似性が強調されてはならない」としながらも、「…少年が行った規範違反行為については、その責任を問うについても、単なる非難のみでなく、…保護、治療、教育等が施されなければならない」⁽⁷²⁾として、保護処分の本質が保護や教育にあることを強調しつつ、保護処分に非難の意味合いが存することを否定はしていない。

もっとも、触法少年とく犯少年が保護処分の対象とされていることから、保護処分に非難性が認められるにしても、それは、刑罰と同様の「責任非難」ではあり得ない。この点、少年保護手続における責任能力の要否について不要説に立つ町野は、「刑罰による責任非難の可能性がない少年についても、社会的非難が可能な場合はある…」⁽⁷³⁾として、保護処分に、責任非難とは別の、社会的な非難の要素が認められることを示唆している。

高橋が引用する Feinberg によれば、刑罰は、それを科す者の憤慨 (resentment) や怒り (indignation) の態度および否認 (disapproval) と非難 (reprobation) の判断を表現するという象徴的な意味を有しており、この点で、単

なるペナルティ(駐車違反に対して切符を切ることなど)とは本質的に異なるものであるという。⁽⁷⁴⁾ なるほど、たしかに Durkheim もまた、社会理論のアプローチから、刑罰の本質は、犯罪というタブーによって揺るがされた道徳秩序を取り戻すための「激情的な反作用」⁽⁷⁵⁾ であると指摘している。Garland の分析によれば、Durkheim にとって刑罰とは、「本質的には道徳メッセージを伝える手段であり、その背後にある気持ちの強さを示す道具」であり、「不支持、叱責、道徳秩序の力を表出するための具体的な記号である」⁽⁷⁶⁾。これらを前提とすれば、刑罰の非難性は、社会的な意味においては、犯罪行為に対する憤慨、怒り、否認という感情の発露を通じて、既存の道徳秩序がいまだ妥当するのだというメッセージを発信することを意味していると理解できる。そうであるならば、この意味での非難性を、保護処分が有しているとはいえない。

少年審判では、社会調査が前置され(少年法八条二項)、家庭裁判所調査官によって、少年の家庭環境、保護者との関係、境遇、経歴、教育の程度と状況、不良化の経過、性行、事件の関係、心身の状況などが調べられ(少年審判規則二二条一項)、その結果が「少年調査票」というかたちで家庭裁判所裁判官に報告される(同一三条一項)。少年審判が職権主義構造を採用したうえで非公開とされている(少年法二二条二項)理由のひとつは、このような、少年のプライバシーの深部にもかかわる事項が記載されている少年調査票を基にした審理が行われるからである。⁽⁷⁷⁾ 「人格調査」⁽⁷⁸⁾ とも称される社会調査を前提とする審判手続において、憤慨、怒り、否認の発露である非難が行われれば、それは少年の人格に対する攻撃になりかねない。

たしかに、少年審判は、少年に「自己の非行について内省を促す」(少年法二三条一項)ものでなければならず、少年に対して「毅然とした態度で臨」む⁽⁷⁹⁾ことが求められる場面はありえよう。しかし、そうであっても、審判はあくまでも「懇切を旨として、和やかに行う」(同一項)ものであり、そこに、憤慨、怒り、否認の発露を認める余

地はない。「少年審判の目的は、少年を非難し、その責任を追及することではない」⁽⁸⁰⁾。

保護処分それ自体に目を転じてみても、児童自立支援施設・児童養護施設送致が保護処分に含まれている（少年法二四条一項二号）ことから、保護処分に非難の要素を見出すことができないのは明らかである。そして、このことは、保護処分のなかで最も不利益性の大きい少年院送致について考えても全く同様である。

本庄が指摘するように、少年院での矯正教育は、「あくまでも少年の利益を図るために収容することになっており、また再犯防止以上のものを目指している」⁽⁸¹⁾。たとえば、刑務所における矯正処遇が、受刑者の「改善更生の意欲の喚起及び社会生活に適應する能力の育成を図る」（刑事収容施設法三〇条）とされているに留まるのに対し、少年院での矯正教育は、在院者の健全な心身の成長と改善更生の意欲の喚起に加え、「自主、自律及び協同の精神を養う」（少年院法一五条一項）ものであり、かつ、在院者の「最善の利益を考慮」したもの（同条二項）でなければならぬとされている。また、刑務所における一般改善指導が「社会生活に適應するのに必要な」生活態度等の習得（刑事収容施設法一〇三条一項）に留まるのに対し、少年院での生活指導は「善良な社会の一員として自立した生活を営むための」生活態度等の習得（少年院法二四条一項）とされている。⁽⁸²⁾ このように、少年院における矯正教育は、⁽⁸³⁾ 刑務所における矯正処遇とは異なり、在院者に対する全人格的な働きかけを予定している。そのような処遇過程において、憤慨、怒り、否認の発露である非難が行われれば、やはり、少年の人格に対する攻撃になりかねない。結局のところ、少年法および関連法規が、保護処分に非難性をもたせることを予定しているとは解されない。

4 警告理論の適用の可否

以上のように、保護処分は、③法違反対応性、⑥有権性、⑦手続性の要素を刑罰と共有するが、①有害性、②意

図性、④応報性、⑤非難性の要素を刑罰と共有しない。では、刑罰とこのような異同をもつ保護処分に、警告理論を適用することは可能か。

この点、刑罰の警告機能が、③法違反対応性、⑥有権性、⑦手続性の要素に基づくものであるならば、保護処分にも警告理論を適用することが可能である。しかし、刑罰の警告機能がこれらの要素に基づいているとは考えられない。たとえば、医療観察制度は、対象行為をいくつかの犯罪に限定しており(医療観察法二条一項)、処遇事件は地方裁判所の管轄に属し(同三条一項)、手続面では、審判期日の開催を必要としたり(同三九条一項)、対象者と付添人に抗告権(同六四条二項)を認めるなど、制度の性質等に応じた手続保障がなされている(最決平成二九年一月一八日刑集七一巻一〇号五七〇頁)という点で、③法違反対応性、⑥有権性、⑦手続性を備えている。しかし、だからといって、同制度に基づく入院医療等を受けて病状が回復した者に対して「二度と対象行為を行ってはならないという反対動機」を期待することにはなるまい。(一定の)犯罪行為を契機として所定の手続に則ってなされる裁判所の判断だからといって、本人の円滑な社会復帰のために手厚い専門的な医療等を行ったという事実が、回復した本人にとって警告になるというのは、背理である。

したがって、刑罰の警告機能は、①有害性、②意図性、④応報性、⑤非難性のいずれかに由来するとみるのが妥当である。もっとも、本稿では、これより先には立ち入らない。ここでは、保護処分が刑罰と共有する③法違反対応性、⑥有権性、⑦手続性によって警告機能が裏づけられないことが示されれば十分である。たしかに保護処分は、③法違反対応性、⑥有権性、⑦手続性を有するという点で刑罰と類似性がある。しかし、これらの要素から警告機能は導かれない。したがって、立法趣旨に従う限り、少年法六四条における「犯情」として保護処分歴を考慮することはできない。

むすびに代えて

保護処分歴が要保護性を高める事情であることに疑いはなく、保護処分歴のある少年に前回よりも濃密な教育（処遇）が必要性であることにも異論はない。しかし、特定少年に対する保護処分の選択にあたっては、教育（処遇）の必要性に対し、行為責任による制約を加えることとするのが、令和三年改正の趣旨であつたはずである。そうであれば、保護処分歴を少年法六四条における「犯情」として考慮できるかについては、教育（処遇）の必要性ではなく、行為責任への影響という観点で検討されなければならない。

本稿の分析によれば、保護処分は、警告機能を裏づける要素を有しない。保護処分が警告機能をもたない以上、保護処分歴が行為責任を重くすることもない。したがって、少年法六四条における「犯情」を、立法趣旨に従って行為責任として理解する限り、保護処分歴を「犯情」として考慮してよいことにはならない。保護処分歴を行為責任要素として考慮することは、本来ないはずの共通項を保護処分と刑罰との間に見出していることに等しく、保護処分を「準刑事処分」⁽⁸⁴⁾ないし「制裁的性質」⁽⁸⁵⁾ととらえる発想に理論的根拠を与えかねないという点で、実践的にも妥当ではない。

そしてこのことは、特定少年のときに受けた保護処分についても同様に解すべきである。学説上は、特定少年に対する保護処分を侵害原理のみで正当化されるものとしたうえで、一七歳以下の少年に対する保護処分とは性質の異なる処分であるとみる見解がある⁽⁸⁶⁾。たしかに、少年法六四条に「犯情の軽重を考慮して…」という文言が挿入されたことで、特定少年に対する介入は、「法益が軽視された度合い」という侵害の程度によって抑制されることに

なつたから、一七歳以下の少年に対するよりも侵害原理がつよく働いていることには疑いがない。⁽⁸⁷⁾しかしながら、このことは、特定少年に対する介入根拠として保護原理が排除されたことを意味しない。⁽⁸⁸⁾なぜなら、審判手続や保護処分それ自体の内容をみれば明らかのように、特定少年の保護手続の基本的な性質を変えるような改正はなされていらないからである。調査から処遇に至るまで、少年の(全)人格に対する働きかけを行う保護の構造は、特定少年にも変わらず適用される。したがって、特定少年に対する保護処分は、侵害原理による抑制をよりつよく受けるとはいえ、一七歳以下の保護処分と同様、①有害性、②意図性、④応報性、⑤非難性を有しない処分であると解すべきである。保護処分歴は、それを受けた年齢にかかわらず、行為責任を重くするものではない。

もつとも、本稿の全体像を見渡せば明らかのように、少年法六四条における「犯情」として保護処分歴を考慮することの可否という論点は、その検討過程において、少年法の様々な各論的論点に加え、量刑論や刑罰論にかかわるような論点が複数にわたって交差する、極めて複雑なものである。そのうちのひとつでも本稿と見解を異にすれば、保護処分歴の扱いについての結論も変わり得よう。その意味で、本稿で示すことができたのは否定説の「可能性」にすぎない。しかし、このことは、裏を返せば、保護処分歴を「犯情」として考慮することの可否は、それほど単純に結論づけられる論点ではないことを示している。実務上の態度は固まっているようにも見受けられるが、保護処分の法的性質にもかかわる問題である以上、理論的にはなお重要な課題であらう。⁽⁸⁹⁾

注

(1) 玉本将之「北原直樹『少年法等の一部を改正する法律』について」法曹時報七四卷一号(二〇二二年)一頁以下など。

(2) 団藤重光・森田宗一『新版 少年法(第二版)』(有斐閣、一九八四年)一六頁、守屋克彦・斉藤豊治編『コンメンタール少年法』(現代人文社、二〇二二年)二九九頁(斉藤豊治)、田宮裕・廣瀬健二『注釈少年法(第四版)』(有斐閣、二〇一七年)四八頁、

川出敏裕『少年法〔第二版〕』（有斐閣、二〇二二年）九七一―九八頁、裁判所職員総合研修所監修『少年法実務講義案（三訂補訂版）』（司法協会、二〇一八）四〇頁など。

(3) 人格重視説と非行重視説をめぐる議論について、早川義郎「少年審判における非行事実と要保護性の意義について」家庭裁判月報一九巻四号（一九六七年）一頁以下。

(4) 山名学「少年審判と非行事実」調研紀要五二号（一九八七年）五二頁など。

(5) 河原俊也編著『ケースから読み解く少年事件——実務の技』（青林書院、二〇一七年）一七二頁（河畑勇）。

(6) 廣瀬は、司法統計年報を用いた分析から、保護処分と検察官送致（刑事処分相当による）賦課合計の比率（処分率）と少年院送致率が、罪名や法定刑と相関性を有していることを明らかにしている（廣瀬健二「量刑・処遇選択における『犯情の軽重』の意義・機能について」法曹時報七三巻八号（二〇二一年）二二―二四頁）。

(7) 福岡家裁久留米支決平成二〇年一月一五家家月六〇巻八号六八頁、水戸家決平成二一年三月三日家家月六一巻九号一八九頁、東京家決平成二二年一〇月一五家家月六三巻六号一一八頁、水戸家裁下妻支決平成二三年九月二九家家月六四巻五号一一三頁、東京高決令和五年一月一九日判タ一五一五号六九頁など。

(8) 少年矯正統計年報をみても、ぐ犯を理由として少年院に入院している少年は、過去五年間で、三一人（令和五年）、四〇人（令和四年）、四九人（令和三年）、四三人（令和二年）、五三人（令和元年）となっている。

(9) なお、二年の保護観察に付された少年が重大な遵守事項違反を行った場合には、保護観察所の長の申請に基づき、当該少年を少年院へ収容することができるものとされた（少年法六四条二項、六六条一項、更生保護法六八条の二）。また、当該少年を収容する少年院として、新たに第五種少年院が追加された（少年院法四条一項五号）。

(10) 「少年院に収容する期間」とは、仮退院した場合の社会内処遇の期間も含めた処遇期間のことを指す（玉本＝北原・前掲注1）三六―三七頁）。

(11) これに関連して、特定少年は、少年院法が最大二六歳に達するまで可能とする収容継続（少年院法一三八条、一三九条）の対象からも外されることになった。

(12) 司法研究所編『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』（法曹会、二〇二二年）六頁。

(13) 白井智之ほか「刑法等の一部を改正する法律及び薬物使用等の罪を犯した者に対する刑の一部の執行猶予に関する法律につい

- て」法曹時報六八卷一号(二〇一六年)四三頁。
- (14) 武内は、少年法六四条の「犯情」について、「非行事実を踏まえつつも要保護性を基準として決定すべきものとされている保護処分の本質と相容れない」とする(武内謙治『少年法改正案』の全体像とその批判的検討」季刊刑事弁護一〇六号(二〇二一年)四一―四二頁)。
- (15) 武内謙治「改正少年法のインパクト——特集の企画趣旨説明にかえて」法律時報九四卷二号(二〇二二年)九頁。
- (16) 樋口亮介「改正少年法の運用課題——特定少年の責任という見地から」法律時報九四卷二号(二〇二二年)二一頁以下。
- (17) 山口直也「特定少年に対する保護処分の構造——『犯情の軽重』概念の検討を中心として」龍谷法学五六卷四号(二〇二四年)三七一頁。
- (18) 玉本Ⅱ北原・前掲注1)三二頁。廣瀬・前掲注6)二六頁も参照。
- (19) 川出敏裕「少年法改正の経緯」法律のひろば七五卷三号(二〇二二年)一一頁。
- (20) 玉本Ⅱ北原・前掲注1)三二頁。
- (21) 司法研究所編・前掲注12)三五頁以下。
- (22) 東京高決平成二八年九月一三日高刑速報集(平二八)号一四三頁、東京高決平成二九年一月一五日高刑速報集(平二九)号二二四頁、東京高決平成三〇年四月一日公的判例集未搭載、東京高決令和三年九月二九日高刑速報集(令三三)号二七〇頁など。
- (23) この点について、藤永祐介「判批」刑事法ジャーナル七九号(二〇二四年)二六〇頁以下、拙稿「判批」法学新報一三二巻九・一〇号(二〇二五年)掲載予定。
- (24) 拙稿・前掲注2)一八五頁以下。
- (25) なお、「国法上の統一性」には、少年法の適用年齢を引き下げる十分な根拠も合理性もないとの指摘があった(武内謙治「刑事法からの検討——少年法の適用年齢下げの議論と一八歳選挙権との関係」法学セミナー七四四号(二〇一七年)一二頁以下)。他方で、「国法上の統一性」の流れから少年法を離脱させることは、少年法の社会的基盤を不安定なものとすることになるとの指摘もあった(渡邊一弘「少年法適用年齢の引下げについて」刑法雑誌五八卷三号(二〇二〇年)七六頁)。
- (26) 勉強会取りまとめ報告書四頁。
- (27) 勉強会取りまとめ報告書八頁。

- (28) 部会第六回会議配布資料一七「分科会における検討(中間報告)」七頁。
- (29) 部会第二分科会第三回会議議事録一五一一六頁〔川出委員発言〕など。
- (30) 部会第一二回会議議事録二九一三〇頁〔廣瀬委員発言〕など。
- (31) 部会第二〇回会議議事録二〇頁〔廣瀬委員発言〕。
- (32) 部会第二一回会議議事録九頁〔太田委員発言〕など。
- (33) 部会第二二回会議議事録四一五頁〔橋爪委員発言〕、部会第二三回会議議事録五頁〔川出委員発言〕など。
- (34) 部会第二九回会議配布資料四六「取りまとめ(案)」一頁。
- (35) 第二〇四回国会衆議院本会議第二五号(令和三年三月二五日)における法務大臣答弁など。
- (36) 部会第二一回会議議事録一三頁〔川出委員発言〕。
- (37) 部会第二六回会議議事録二一頁〔橋爪委員発言〕。
- (38) 部会第二八回会議配布資料四五「取りまとめに向けたたたき台」三頁。
- (39) 部会第二八回会議議事録二〇頁〔酒巻委員発言〕。
- (40) 部会第二八回会議議事録二〇頁〔玉本幹事発言〕。
- (41) なお、十河は、犯情と行為責任の関係について、「とりわけ実務家の想定する犯情概念の中には、行為責任とは無関係な事情も含まれているように見え」ることから、犯情を「行為責任(すなわち不法または責任)に関連する事情」と理解すべきであると
する〔十河準人『量刑の基礎理論』(成文堂、二〇二二年)三八七―三八九頁〕。
- (42) 拙稿・前掲注2)一九〇頁。
- (43) 他方で、⑦事件は、保護処分歴から「少年の問題点が改善されていないこと」を推認している。これは、量刑判断であれば特別予防的な発想に基づくものであり、量刑事情として扱うにしても一般情状にとどまる。したがって、⑦事件は、少年法六四条における「犯情」について、立法趣旨とは異なる解釈をしている可能性がある。
- (44) 前田巖「家庭裁判所の立場からみる令和三年改正少年法」法律のひろば七五巻三号(二〇二二年)三三頁、入江猛「家庭裁判所における改正少年法の運用について」家庭の法と裁判三六号(二〇二二年)三三頁、松原里美ほか「座談会 特定少年の処遇——令和三年改正少年法」家庭の法と裁判三八号(二〇二二年)一六一―一七頁〔高橋明宏発言〕、東京家庭裁判所少年部裁判官ブ

- ロジェクトチーム「令和三年改正少年法の概要とその運用の在り方について」ケース研究三四号(二〇二二年)七六頁、河原俊也編著『実例少年法』(青林書院、二〇二三年)三六一三七頁(藤永祐介)など。
- (45) 廣瀬健二「特定少年に対する特例の重要論点」法律のひろば七五卷三号(二〇二二年)二四頁。
- (46) 成瀬剛「特定少年に対する保護処分」論究ジュリスト三七号(二〇二一年)一〇三頁。
- (47) 司法研究所編・前掲注12)六八頁。
- (48) 樋口亮介「責任非難の意義——複数の視点の析出と構造化の試み」法律時報九〇巻一号(二〇一八年)一三頁。
- (49) 佐藤文哉「累犯と量刑について」罪と罰六〇号(一九七八年)七頁も参照。
- (50) 中島広樹「累犯加重の研究」(信山社、二〇〇五年)一九一頁。
- (51) 中島・前掲注50)二〇六頁。
- (52) 拙稿「自由刑改革における受刑者の行方」法学新報一二九卷六・七号(二〇二三年)七〇八頁以下。
- (53) アメリカの状況について、拙稿「犯罪歴というステイグマ——アメリカ刑罰史における『危険性』の系譜から」龍谷法学五六巻四号(二〇二四年)三七五頁以下。
- (54) 拙稿「重要な他者——関係性の構築と犯罪からの離脱」比較法雑誌五四巻三号(二〇二〇年)一五五頁以下。
- (55) 佐藤は、「前刑の感銘力と行刑による教化改善というのは単なる仮説ではないか」としながら、「しかし、現在の刑事政策にかわる次善の策が見い出されるまでは、われわれは、右の仮説を一応肯定し、それが実際にも仮説でなくなるように努力を積み重ねる以外に方法はあるまい」とする(佐藤・前掲注49)八頁)。
- (56) 野村健太郎『量刑の思考枠組み』(成文堂、二〇二〇年)九九頁。
- (57) 樋口亮介「行為責任論を基礎にした前科の位置づけ——近時の英米法圏の学説を素材に」高橋則夫ほか編『刑事法学の未来』(信山社、二〇一七年)一九四—一九五頁。
- (58) 西岡は、警告理論の考えそれ自体承認できないとする(西岡正樹「累犯加重に関する一考察」山形大学法政論叢五六号(二〇一三年)六頁)。
- (59) 小池信太郎「改正少年法と一八歳・一九歳の少年に対する処分選択」法学セミナー八〇六号(二〇二二年)六〇頁。
- (60) 難波宏「前科、前歴等と量刑」大阪刑事実務研究会編著『量刑実務大系第三卷 一般情状等に関する諸問題』(判例タイムズ社、

- 二〇一一年) 六〇頁。
- (61) 難波・前掲注60) 六〇頁。
- (62) 高橋直哉『刑法基礎理論の可能性』(成文堂、二〇一八年) 一二二頁。
- (63) 高橋・前掲注62) 一一八―一九頁。
- (64) 少年保護事件において適正手続を保障することは、少年法の健全育成目的と矛盾するものではない。この点につき、平場安治『少年法(新版)』(有斐閣、一九八七年) 二四五頁、葛野尋之『少年司法の再構築』(日本評論社、二〇〇三年) 七四頁など。
- (65) 澤登俊雄『少年法入門(第六版)』(有斐閣、二〇一五年) 一四四頁。
- (66) 廣瀬は、審判の対象が犯罪少年・触法少年・ぐ犯少年に限定されている点を、少年法が侵害原理に(も) 支えられていることをうかがわせる点のひとつとして指摘している(廣瀬健二『少年法』(成文堂、二〇二一年) 一二六頁)。
- (67) 引用は、それぞれ、高橋・前掲注62) 一二二頁、一一八頁。
- (68) 高橋・前掲注62) 一一五頁。
- (69) 武内謙治『少年法講義』(日本評論社、二〇一五年) 三五七頁。
- (70) 武内・前掲注69) 九八頁参照。保護処分による少年の自由の制限／剥奪が許容されるのは「少年保護のためばかりでなく、社会防衛の必要も認められるからでもある」(裁判所職員総合研修所監修・前掲注2) 二二頁) とする説明があるが、端的に誤りである。
- (71) 平野龍一『刑法の基礎』(東京大学出版会、一九六六年) 八六頁。
- (72) 岩井宜子「保護処分と刑事処分の関係について」家庭裁判月報三二卷一二号(一九八〇年) 五頁。
- (73) 町野朔「保護処分と精神医療」猪瀬慎一郎ほか編『少年法のあらたな展開——理論・手続・処遇』(有斐閣、二〇〇一年) 八八頁。
- (74) Feinberg, J., "The Expressive Function of Punishment," *The Monist*, 49(3), 1965, p. 400. 高橋・前掲注62) 一二〇頁。
- (75) Durkheim, É., *De la Division du Travail Social*, 7e éd., Paris, P.U.F., [1893] 1960 [= 田原音和訳『社会分業論』(筑摩書房、二〇一七年)]、翻訳書、一五四―一六一頁。
- (76) Garland, D., *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*, Chicago: The University of Chicago Press, 1990 [藤野京子監訳『処罰と近代社会——社会理論の研究』(現代人文社、二〇一六年)]、翻訳書、五五―五六頁。

- (77) 武内・前掲注69)二六四頁。
- (78) 澤登・前掲注65)一一五頁。
- (79) 裁判所職員総合研修所監修・前掲注2)一八五頁
- (80) 裁判所職員総合研修所監修・前掲注2)二九頁。
- (81) 本庄武「少年処遇と成人処遇」刑法雑誌五八卷三号(二〇二〇年)四七四頁。
- (82) なお、令和三年改正にあわせて、特定生活指導のうち法務省令で定めるもの(少年院法二四条三項三号)として、一八歳以上の成年になった者を対象に、「自らの責任に基づき自律的に社会生活を営むために必要な自覚が欠如し、又は必要な知識及び行動様式」を身につけさせるための指導(少年院法施行規則一六条の三第五号)が追加された。
- (83) 金子陽子「少年の保護処分と少年に対する刑罰——少年院と少年刑務所について」家庭の法と裁判二九号(二〇二〇年)二六頁以下、浜井浩一「エビデンスから考える現代の「罪と罰」——犯罪学入門」(現代人文社、二〇二二年)八二頁以下なども参照。
- (84) 山口直也「特定少年の特例を新設することの意味」判例時報二四七八号(二〇二二年)一五四頁による批判的な表現。
- (85) 大貝葵「特定少年に対する保護処分の性質と決定手続き」犯罪と刑罰三二号(二〇二三年)二二頁による批判的な表現。
- (86) 成瀬・前掲注46)一〇〇頁、川出敏裕「改正少年法について」法律時報九四卷二号(二〇二二年)一八頁。
- (87) 廣瀬は、保護処分の正当化根拠には、年齢があがるにつれて侵害原理がつよく機能するというグラデーションがあるとする(廣瀬・前掲注45)二四頁)。
- (88) 武内は、「侵害原理が保護原理とならんで介入の正当化根拠とされるのが国家介入を限界づける役割を期してのことなのであれば、特定少年についてあえて保護原理を排除する必要はないように思われる」とする(武内・前掲注15)七頁)。
- (89) ところで、本稿の分析は、「立法趣旨に従えば」という前提のもとでなされたものであるから、この前提を異にすれば、最終的な結論も変わりうる。もともと、少年法六四条における「犯情」を立法趣旨から離れて解釈するとしても、保護処分歴を「犯情」として考慮することができるという理解が表明されるときには、その理論的帰結として、保護処分が「準刑事処分」ないし「制裁的性質」ととらえられてしまう契機がうまれていないか、検証をしていく必要がある。